جـــامعة تـــونس المنـــار

كلية الحقوق و العلوم السياسية بتونس

السنة الجامعية : 2026 - 2027

كراس الدروس المسيرة عدد 2

السنة الأولى من الإجازة في القانون

المادة: القانون الدستوري: النظرية العامة

موضوع القانون الدستوري

الأستاذ المشرف: كمال بن مسعود

الفريق البيداغوجي:

- آمال بن شعبان
- أميرة الشاوش
- عائشة بن عبد الله
- درة صمود
- محمد القاسمي
- بسمة نعمان

Scanné avec CamScanner

محتوى الكرّاس

أولا : الفقه

-محمد المجذوب: " القانون الدستوري والنظام السياسي في لبنان" بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الرابعة 2002 ، ص 30 إلى 38.

-غسان بدرالدين وعلي عواضة:"المؤسسات السياسية والقانون الدستوري"،دار الحقيقة ، بيروت، 1997، ص 81 إلى 84.

-عبد الفتاح عمر: " مسألة تجديد القانون الدستوري" المجلة القانونية التونسية، 1993، ص 11 ومابعدها (مقتطفات).

- Favoreu (Louis) « Le droit Constitutionnel droit de la constitution et Constitution du droit » , R.F.D.C, 1990 , pp72 et suiv.

ثانيا: التمارين:

- الأسئلة التوجيهية
- الموضوع

Scanné avec CamScanner

د. محمد المجذوب، «القانون الدستوري والنظام السياسي في لبنان»، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الرابعة، 2002، ص 30 إلى 38.

القسم الأول: تعريف القانون الدستوري

إن الصراع الذي يدور عادةً بين الحاكم الراغب في الاستئثار بالسلطة وبين المواطنين الراغبين في حماية حقوقهم وحرّياتهم يُسفر عن حلٍّ أو تسويةٍ أو اتفاقٍ بين الطرفين. وهذا الاتفاق يضع قواعد قانونية واضحة لتنظيم العلاقات بينهما. ويُطلق على هذه القواعد اسم: الدستور أو القانون الدستوري.

وتعريف القانون الدستوري ليس بالأمر السهل، فقد اختلف الفقهاء وتباينت اتجاهاتهم حول هذا الموضوع. ويمكننا تلخيص آرائهم في هذا الصدد بالحديث عن المعايير أو المقاييس الأربعة التي اتخذوها أساساً لتعريفه وتحديد مضمونه. وهي: المعيار اللغوي، والمعيار الشكلي، والمعيار الموضوعي، والمعيار الجامعي.

أولاً ـ المعيار اللغوي

إن أنصار هذا الاتجاه يربطون تعريف القانون الدستوري بالدستور ذاته، أي بالوثيقة أو المدوّنة الدستورية ذاتها. ولكن كلمة «دستور»، بالمعنى الغربي للكلمة، تعني الأساس أو التنظيم أو التكوين. فإذا طُبِّقت في المجال القانوني أصبح للقانون الدستوري تعريف واسع شامل يتضمّن دراسة كل الموضوعات التي تتعلّق بأساس الدولة وتكوينها وهيئاتها وصلاحياتها، أي جميع الموضوعات التي تُعتبر أساسيّةً أو ضروريّةً لقيام الدولة.

ومعظم الفقهاء لا يعتمد هذا المعيار اللغوي لأسباب عديدة، أهمها:

أ ـ إن هذا المعيار يجعل من القانون الدستوري مادة واسعة المجال لا تقتصر على دراسة نظام الحكم في الدولة، بل تشمل أيضاً دراسة نظامها الإداري والقضائي ونظامها الخاص بالجنسية، أي دراسة بقية المواد والاختصاصات التي تُعنى بها القوانين والعلوم الأخرى.

ب ـ إنه لا يجوز تفسير المصطلحات القانونية تفسيراً لغوياً بحتاً، فلكل

علم لغته ومدلولاته الخاصة. ولمصطلح «القانون الدستوري» معنى خاص متعارف عليه اليوم يختلف عن المعنى الذي يتضمّنه التفسير اللغوي.

ج ـ إن المعيار اللغوي يربط القانون الدستوري بالدستور، مع أن بينهما اختلافاً يُوضّحه الحديث عن المعيار الشكلي.

ثانياً ـ المعيار الشكلي أو الرسمي

لا يمكننا فهم هذا المعيار إلاّ بإلقاء نظرة عجلى على فترة معيّنة من التاريخ السياسي والدستوري الفرنسي.

لقد أراد الملك شارل العاشر[1] أن يُعيد الملكية المطلقة إلى فرنسا ويخالف أحكام دستور العام ١٨١٤، فاحتدم النزاع بينه وبين مجلس النواب، فأصدر حكماً بحلّه. ولكن الشعب أعاد انتخاب النواب المناوئين للملك، فقرّر الملك حينئذٍ حلّ المجلس الجديد قبل عقد أول اجتماع له، وأصدر بعض القوانين الجائرة المتعلّقة بحرّية الصحافة والانتخاب، فأدّى كل ذلك إلى قيام ثورة تموز (يوليو) ١٨٣٠ التي أطاحت الملكَ المذكور، وإلى اختيار ملكٍ جديد، هو لويس فيليب. وقرّر المجلس النيابي أن يتولّى الملك العرش بناءً على إرادة الشعب، فأصبح النظام السياسي الفرنسي بذلك نظاماً ملكياً دستورياً يشترك فيه البرلمان (المكوّن من مجلسين) مع الملك في حكم الدولة. وتقرّر هذا النظام في ميثاق قانوني عرضه المجلس النيابي على الملك فقبله وعاهد الشعب على العمل بموجبه.

وكان المؤرّخ والسياسي الفرنسي، المناصر للملكة المعتدلة، فرانسوا جيزو Guizot وزيراً للتربية آنذاك، فأنشأ، في العام ١٨٣٤، أول كرسي للقانون

---

(١) شارل العاشر (١٧٥٧ ـ ١٨٣٦) ملك فرنسا من العام ١٨٢٤ إلى العام ١٨٣٠. وهو شقيق لويس السادس عشر الذي أُعدم بعد الثورة الفرنسية، وشقيق لويس الثامن عشر الذي اعتلى العرش بعد هزيمة نابليون وحكم من العام ١٨١٤ إلى العام ١٨٢٤.

Scanné avec CamScanner

الدستوري في كلية الحقوق في باريس، ووضع برنامجاً لتدريس هذه المادة يستهدف تحقيق غرضين: الأول هو دراسة هذه الوثيقة القانونية (الدستور) وشرح أحكامها المتعلّقة بالملك ووراثة العرش والوزراء والحكّام. والثاني هو تكوين فلسفة سياسية معيّنة تؤيّد النظام السياسي الجديد، أي النظام الملكي الدستوري القائم على أساس نيابي، وتُقرّب الرأي العام من العرش.

وكان من نتيجة ذلك أن تمّ ربط مفهوم القانون الدستوري بمفهوم الميثاق الدستوري أو الدستور، وأصبح تعريفه يقوم على أساس معيار شكلي أو رسمي. وبتعبير آخر: أصبح القانون الدستوري هو القانون المطبّق في البلاد، وأصبحت دراسة القانون الدستوري هي دراسة الدستور ذاته، أي دراسة القواعد والنصوص المكتوبة والمدوّنة في وثيقة الدستور.

وبرزو المعيار الشكلي يعود إلى انتشار حركة تدوين الدساتير في العالم. وهذه الحركة بدأت بظهور دستور الولايات المتحدة في العام ١٧٨٧، ثم بظهور أول دستور فرنسي بعد الثورة في العام ١٧٩١. وانتشرت حركة التدوين بعد ذلك في معظم دول العالم. ونتج من عملية التدوين هذه ارتباط معنى القانون الدستوري أو مضمونه بالوثيقة الدستورية ذاتها، أي طبقاً للمعيار الشكلي.

ويعتمد هذا المعيار الشكلي على المظهر الخارجي للقاعدة، أو على الجهة التي أصدرتها. واستناداً إلى هذا المعيار يعني الدستور «مجموعة القواعد الأساسية المنظّمة للدولة، والصادرة في شكل وثيقة دستورية من قِبَل السلطة المختصة بذلك»، أو «مجموعة القواعد التي تتضمّنها الوثيقة المسمّاة بالدستور والتي لا يمكن أن توضع أو تُعدّل إلاّ باتّباع إجراءات خاصة». ويترتّب على هذا التعريف اعتبار كل قاعدة تنصّ عليها هذه الوثيقة قاعدة دستورية، واعتبار القانون الدستوري الدستور المطبّق فعلاً في بلدٍ معيّن ووقتٍ معيّن، والمدوّن في وثيقة رسمية تسمّى «الدستور».

ولكن الفقه الدستوري وجّه إلى هذا التعريف الانتقادات التالية:

أ ـ لا يمكن الاعتماد على المعيار الشكلي وتعميمه لأن هناك دولاً، كإنجلترا، لها دستور عرفي، أو دستور غير مكتوب، ودولاً لها دساتير مكتوبة مصحوبة بقواعد دستورية أخرى مصدرها العرف الدستوري.

ب ـ لقد أثبت الواقع أن هناك دائماً خلافاً بين نصوص الدستور والتطبيق العملي لهذه النصوص في الدول التي تملك دساتير مكتوبة. هناك، مثلاً، قواعد لها طبيعة دستورية، ولكنها تجد مصدرها في العرف الدستوري، لا في وثيقة الدستور. فالاتفاق في لبنان على توزيع الرئاسات الثلاث على بعض المذاهب الطائفية هو قاعدة عرفية لا ينص عليها الدستور.

جـ ـ لقد تبيّن أن الدستور، حتى في حال وجود توافق وانسجام بين نصوصه والتطبيق العملي لها، لا يُعطي فكرةً واضحةً عن نظام الحكم والتنظيم السياسي في الدولة. فإلى جانب القواعد المسطورة في الدستور نجد قواعد وأحكاماً دستورية أخرى مصدرها العرف الدستوري. وهناك هيئات سياسية تقوم بدور كبير في الحياة السياسية لا تشير إليها الدساتير عادةً (الأحزاب السياسية والقوى الضاغطة، مثلاً).

د ـ لا تتضمّن الدساتير اليوم الأحكام المتعلّقة بالتنظيم الدستوري فقط، بل تعالج أيضاً موضوعات ومسائل أخرى تخرج عن هذا النطاق وتدخل في دراسة فروع أخرى من القانون ولا تُعدّ دستوريةً من حيث الطبيعة أو الجوهر، كالتنظيم الإداري والمالي والقضائي وتنظيم الجنسية. فالدستور الفرنسي للعام ١٨٤٨ كان ينص على إلغاء عقوبة الإعدام في الجرائم السياسية. وفي العام ١٩١٨، صدر في الولايات المتحدة التعديل الثامن عشر للدستور ونص على تحريم إنتاج المشروبات الروحية ومنع الاتّجار بها وتعاطيها. وكان الدستور المصري للعام ١٩٢٣ ينص على تصفية أملاك الخديوي السابق، عباس حلمي، وعلى بعض الشروط والأحكام المتعلّقة بالمجالس البلدية. وكان الدستور الموقت للجمهورية العربية المتحدة (مصر وسوريا)، الصادر في العام ١٩٥٨،

Scanned with
Scanné avec CamScanner

ينص على المقومات الأساسية للمجتمع ويعالج مسألة القضاء. والدستور الحالي لجمهورية مصر العربية، الصادر في العام ١٩٧١، يتضمّن نصاً خاصاً بالتقسيم الإداري للجمهورية. وكل ذلك يؤدّي إلى إضفاء الصفة الدستورية على مسائل ليست دستورية من حيث الموضوع والجوهر، وليس لها أدنى علاقة بتنظيم السلطات العامة أو بنظام الحكم في الدولة. إنها مسائل يمكن تنظيمها بتشريعات عادية وليس دستورية.

هـ ـ تُعقل الدساتير موضوعات تختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة، فدستور كل دولة يعالج موضوعات لا تعالجها دساتير الدول الأخرى. بل إن الدساتير المتعاقبة للدولة الواحدة قد تعالج موضوعات متباينة وتخضع في ذلك للظروف السياسية والاجتماعية والاقتصادية التي أحاطت بها عند وضعها. فالأخذ بالمعيار الشكلي في تعريف القانون الدستوري يقتضي هنا وضع تعاريف مختلفة طبقاً للزمان والمكان، وهذا يتنافى، من الناحية العلمية، وطبيعة التعريف الموحّد والمحدّد الذي يجب أن يستند إلى ضوابط ومعايير موضوعية وأن لا يتأثر بالظروف العارضة والمتغيّرة.

فلكل هذه الأسباب يستبعد معظم الفقهاء المعيار الشكلي ويعتمدون معياراً آخر أقرب إلى الدقة العلمية والطبيعة الخاصة بقواعد القانون الدستوري، هو المعيار الموضوعي.

ثالثاً ـ المعيار الموضوعي أو المادّي

ذكرنا أن الوزير «جيزو» كان أول مَن وضع برنامجاً للقانون الدستوري في كليات الحقوق الفرنسية. وذكرنا أن تعريف هذا القانون، طبقاً للمعيار الشكلي، يعود إلى هذه الفترة من التاريخ الفرنسي. والحقيقة أن المعيار الموضوعي نشأ في هذه الفترة أيضاً وظلّ سائداً لدى الفقهاء والساسة حتى نهاية الحرب العالمية الأولى.

ومما لا شكّ فيه أن «جيزو» كان يهدف، من وراء تدريس الميثاق أو الوثيقة الدستورية للعام ١٨٣٠، إلى تدريس المؤسسات والتنظيمات السياسية التي جاءت بها هذه الوثيقة، والتي تقوم على أساس الديموقراطية النيابية وحماية الحقوق والحرّيات العامة. وكان يعتبر أن هذه المؤسسات هي النموذج الكامل للنظام السياسي الحر القائم على الفكرة الدستورية المرتبطة بفكرة الحرّية. وبذلك أصبح موضوع دراسة القانون الدستوري هو بحث النظم السياسية الحرّة فقط، وأصبح المقصود بالدستور، من الناحية الموضوعية المادية، الوثيقة التي تتضمّن نظاماً سياسياً حرّاً يقوم على أساس ديموقراطي حرّ يصون الحقوق والحرّيات.

وهكذا نرى أن المعيار الموضوعي يعتمد على مضمون القاعدة أو جوهرها، دون النظر إلى شكلها أو مصدرها. فالدستور يتضمّن، طبقاً لهذا المعيار، الموضوعات التي تُعدّ دستورية من حيث الطبيعة والجوهر، سواءٌ أوردت في وثيقة دستورية أم تقرّرت بموجب عرف دستوري أو قوانين عادية.

ولكن الخلاف برز عند تحديد الموضوعات التي تُعدّ دستوريةً:

أ ـ ففئة من الفقهاء اعتبرت أن الموضوعات التي تُعتبر دستورية هي تلك التي تتعلّق بنظام الحكم في الدولة وتعالج شكل الدولة (موحّدةً أم مركّبةً) وشكل الحكومة (ملكيةً أم جمهوريةً، ديموقراطيةً أم دكتاتوريةً، برلمانيةً أم رئاسيةً) واختصاص السلطتين التشريعية والتنفيذية والعلاقات بينهما.

ب ـ وفئة ربطت بين الدستور والنظام الديموقراطي الحرّ، فأضافت إلى هذه الموضوعات مسألة الحقوق والحرّيات، ونفت وجود دستور في دول ذات حكم مطلق لا يقوم على أسس ديموقراطية. وعرّفت هذه الفئة القانون الدستوري بأنه العلم الذي يُنظّم فنّ الحرّية، أو بأنه مجموعة القواعد القانونية التي تُنظّم الحرّية. ورفض البعض دراسة النظم السياسية غير الحرّة في القانون الدستوري معتبراً أن البلاد التي تُحكم حكماً مطلقاً هي بلادٌ بلا دساتير، أو بلادٌ ذات نظم غير دستورية. وسبب هذا الاتجاه يعود إلى الموقف من النظم

Scanné avec CamScanner

السياسية التي ظهرت بعد الحرب العالمية الأولى وسعت لتحقيق نزعات قومية أو عنصرية أو استبدادية متطرّفة (الفاشية والنازية والدكتاتورية)، أو تحقيق ديموقراطية اجتماعية تقوم على أسس تخالف قواعد الديموقراطية السياسية التقليدية التي انتشرت بعد الثورة الفرنسية (الأنظمة الاشتراكية). فهذه الفئة حصرت الموضوعات التي تُعدّ دستوريةً، من حيث المضمون والجوهر، بقواعد نظام الحكم في الدولة، دون أدنى اهتمام بالموضوعات المتعلّقة بالمذاهب والاتجاهات السياسية والاجتماعية والاقتصادية.

ج ـ وفئة أضافت إلى نظام الحكم أو تنظيم السلطات العامة في الدولة الموضوعات التي تُحدّد الاتجاهات السياسية والاجتماعية للدولة، أي القواعد التي تُحدّد الاتجاه الإيديولوجي أو العقائدي أو الفلسفي الذي ينبغي لسلطات الدولة أن تعمل في ظلّه.

وفي خضمّ البحث عن الموضوعات الأساسية التي تدخل (أو يجب أن تدخل) في نطاق تعريف القانون الدستوري برزت الاعتبارات الدراسية والتقاليد الجامعية.

رابعاً ـ المعيار الجامعي

للاعتبارات والتقاليد الجامعية أثر في تحديد المواضيع التي تدخل ضمن المقرّر الدراسي للقانون الدستوري في مختلف كليات الحقوق والعلوم السياسية في العالم. ولدى استعراضنا لهذا المقرّر في بعض الدول نتبيّن وجود اختلاف جوهري بينها في هذا المجال، فبعضها يهتم بناحية معيّنة، ولكن البعض الآخر يرفضها. وقد يُقيم البعض وزناً لأنواع معيّنة من المبادىء السياسية أو الاقتصادية فلا يشير إليها البعض الآخر في مقرّره الدراسي.

ففي مختلف جامعات الدول اختلاف، إذن، حول المواضيع التي يجب أن يتناولها مقرّر القانون الدستوري. ولكن السؤال الذي يعنينا هنا هو: هل لهذه د الجامعية وهذا الاختلاف فى مناهج التدريس أثر فى تعريف القانون

الدستوري؟ وهل ينبغي لنا اعتبار ذلك معياراً لتعريف هذا القانون وتحديد موضوعاته؟

يجيب البعض بالإيجاب ويعتبر مسألة تعريف القانون الدستوري مسألة تربوية (أي جامعية) أكثر منها منطقية (أي علمية). ولذلك فإنه يحدّد مضمون هذا القانون بالموضوعات التي يُعيّنها برنامج الدراسة في كلية الحقوق أو العلوم السياسية. ويبرّر رأيه هذا بقوله إن القانون الدستوري هو من العلوم الاجتماعية التي تستند، إلى حدٍّ كبير، إلى الأفكار والعقائد التي تخضع للتغيّر من وقت إلى آخر، وذلك على عكس العلوم الطبيعية التي تستند إلى أسس ثابتة لا تتأثر بتغيّر الأفكار والعقائد.

وهذا الاتجاه الذي تبنّاه الكثيرون تعرّض أيضاً للانتقاد لأنه لم يُفرّق بين التعريف العلمي لمادة القانون الدستوري والبرنامج الدراسي المقرّر لها. فالتعريف العلمي يقوم على حقائق ثابتة وصالحة لكل زمان ومكان، ولو بصفة تقريبيّة، في حين أن البرنامج الدراسي يُعتبر مسألة تتوقف على الظروف الطارئة أو العارضة أو المحلّية.

* * *

ويبدو، بعد استعراض المعايير الأربعة، أن المعيار الموضوعي هو الأقرب إلى الدقة والواقع. وغالبية الباحثين تأخذ به. واستناداً إليه يمكننا تعريف القانون الدستوري بأنه مجموعة القواعد المتعلّقة بالتنظيم السياسي والاجتماعي والاقتصادي للدولة، لأن الدستور لا يقتصر على تنظيم السلطات العامة وتبيان وظائفها، بل يضع الأسس والأصول السياسية والاجتماعية والاقتصادية التي تُعدّ أهدافاً ينبغي لهذه السلطات الاسترشاد بها والعمل على تحقيقها. وهذا يعني أن الموضوعات التي تُحدّد الفلسفة أو العقيدة التي يقوم عليها نظام الحكم في الدولة تُعدّ من صميم الموضوعات الدستورية، من حيث الطبيعة والجوهر.

ويبقى سؤال يتعلّق بمصطلح دستوري آخر، هو مصطلح النظام الدستوري.

Scanné avec CamScanner

غسان بدر الدين وعلي عواضة:
المؤسسات السياسية والقانون الدستوري
دار الحقيقة، بيروت 1997 مقتطفات ص 84-88

إن الممارسة السياسية هي التي تحدد بالفعل مدى انسجام أعمال السلطة مع النصوص الدستورية. ويُلاحظ بشكل صارخ عدم المطابقة بين النصوص والممارسة خاصة في البلاد التي لا تمتلك تقاليد تاريخية راسخة في هذا الميدان.

في هذا الفصل سوف نستعرض تعريف الدستور والأشكال التي يتخذها.

أولاً ـ تعريف الدستور:

يعرف شارل كادو الدستور بأنه مجموع القواعد القانونية الخاصة بتعيين الحكام وكذلك بتنظيم وممارسة السلطة السياسية في الدولة.

أما فيليب آردون فيقول: الدستور هو عمل رسمي يخضع سلطة الدولة لقواعد تحد من حريتها بالنسبة لاختيار الحكام ولتنظيم المؤسسات وعملها وعلاقاتها مع المواطنين.

أما أندريه هوريو فيعرف الدستور بأنه مجموع القواعد التي تحدد وتنظم عمل الدولة.

يتبين من مجمل هذه التعريفات أنها تلتقي على كون الدستور: مجموعة القواعد التي تحدد وضع الحكام (التعيين والصلاحيات) وعلاقة الحكام بالمحكومين. بهذا المعنى يتخذ الدستور ثلاثة أبعاد.

ـ بعد قانوني كونه يتشكل من مجموع القواعد التي تحدد تنظيم عمل المؤسسات. فالدستور لا يتنافى إذاً مع طبيعة أي نظام. أي أنه موجود في جميع الأنظمة السياسية الديمقراطية والاستبدادية منها على السواء.

فهل ينبغي لكل دولة ذات دستور أن يكون لها نظام دستوري؟

يميّز الفقه الدستوري التقليدي بين مصطلح «دولة لها دستور» ومصطلح «دولة دستورية». إنه يعتبر أن لكل دولةٍ، حتماً، دستوراً ينظّم السلطات فيها، إلاّ أنه ليس من الضروري أن تكون هذه الدولة دولةً دستورية أو ذات نظام دستوري. فهي لا تكون كذلك إلاّ إذا تضمّن دستورها المبادىء الديموقراطية التي تكفل قيام حكم يصون الحقوق والحرّيات. فهذا الفقه لا يُسلّم بوجود نظام دستوري في دولةٍ ما إلاّ إذا كان دستورها يشتمل على ضمانات لكفالة الحرّيات العامة.

ويشترط الفقه التقليدي لقيام الدولة الدستورية:

ـ أن تكون الحكومة فيها قانونيةً تلتزم القواعد والأصول القانونية القائمة.

ـ أن تكون هذه الحكومة شرعيةً، لا حكومةً فعليةً أو واقعيةً يتمّ تشكيلها على خلاف ما تقضي به أحكام الدستور.

ـ أن يُعمل بتطبيق مبدأ الفصل بين السلطات.

ـ أن ينص الدستور على كفالة الحرّيات العامة وصونها.

ـ أن توجد هيئة قضائية أو دستورية تسهر على كفالة احترام الدستور والقانون.

أما الفقه الحديث فيرى أن مفهوم الدستور قد تطوّر مع تطوّر نُظُم الحكم، وأن النظام الدستوري لا يقتصر على شكل معيّن من أشكال التنظيم السياسي، فهو موجود في كل دولة، أيّاً يكن نظام الحكم فيها (جمهورياً أم ملكياً، أرستقراطياً أم ديموقراطياً، رأسمالياً أم اشتراكياً).

Scanné avec CamScanner

الحكام تبع تبعاً لقواعد محددة في الدستور. ومن هنا تأتي مشروعية الحكام في الدولة.

- يعد سياسي لأن الدستور يعبر عن مشروع سياسي. وقد اعتبر رجال الثورة الفرنسية أن الدستور هو من يضمن للمواطن ممارسة حقوقه وحرياته العامة، خاصة عن طريق إعلانات الحقوق. لذلك نص إعلان حقوق الإنسان والمواطن: «إن كل مجتمع لا تتحقق فيه ضمانة الحقوق والفصل بين السلطات لا دستور له». من هنا فإن أكثر فقهاء القانون الدستوري الفرنسيين يميزون بين الدستور السياسي والدستور الاجتماعي. ويقصد بالدستور السياسي ذلك القسم الخاص بتنظيم عمل السلطات وصلاحياتها. أما الدستور الاجتماعي فهو القسم المتعلق بحقوق المواطنين.

1 ـ التعريف المادي والتعريف الشكلي للدستور: يميز الباحثون بين تعريفين متقابلين للدستور لكنهما متكاملان في نفس الوقت: الدستور بالمعنى المادي والدستور بالمعنى الشكلي.

أ ـ التعريف المادي للدستور:

إن تعريف الدستور بالمعنى المادي يأخذ بعين الاعتبار محتوى الدستور، أي جميع القواعد المكتوبة أو العرفية التي تتعلق بممارسة السلطة. إنها القواعد الأساسية للدولة التي تتعلق بطبيعة الدولة، نظم العلاقات بين المؤسسات الخ. ويمكن أن نستنتج بأنه لكل دولة دستور طالما أنه لا يوجد أية دولة تخلو من حد أدنى من القواعد المكتوبة أو العرفية المتعلقة بانتقال وممارسة السلطة السياسية.

ب ـ التعريف الشكلي للدستور:

يأخذ التعريف الشكلي للدستور بعين الاعتبار الطريقة القانونية المتبعة لوضع القاعدة الدستورية، من هنا ليس المحتوى هو الذي يحدد السمة الدستورية للقاعدة، ولكن طريقة إقرارها. فالدستور من وجهة النظر الشكلية هو مجموع القواعد القانونية المقرة من قبل جهاز خاص مثل: الجمعية التأسيسية، أو تبعاً لطريقة محددة. بمعنى أن هذه القواعد لا توضع أو تعدل إلا باتباع إجراءات خاصة تختلف عن تلك التي تتبع في وضع وتعديل القانون العادل. من هنا يأتي سمو الدستور بالنسبة لبقية القوانين.

وتبعاً للمعيار الشكلي يعني الدستور كما يقول الدكتور إبراهيم عبد العزيز شيحا[1]: «الوثيقة الدستورية ذاتها بما تتضمنه من أحكام وقواعد. ويترتب على ذلك وجوب اعتبار كل قاعدة منصوص عليها في صلب هذه الوثيقة قاعدة دستورية. بينما لا تعتبر كذلك كل قاعدة لم تنظمها هذه الوثيقة حتى لو كانت من حيث طبيعتها أو في جوهرها قاعدة دستورية».

Scanné avec CamScanner

عبد الفتاح عمر: مسألة تجديد القانون الدستوري
المجلة القانونية التونسية، 1993
ص 11 وما بعدها (مقتطفات)

إن العصر الذهبي للقانون الدستوري ليس وراءنا كما ظن ذلك البعض في وقت غير بعيد ، بل إنه أمامنا يتأكد شيئا فشيئا ، يوما بعد يوم وفي دولة تلو أخرى.

فقد بدأ التساؤل عمّا اذا كان القانون الدستوري قانونا كبقية القوانين ، يزول . بدأ يزول من جراء ارتباط إلزامية القانون الدستوري في اغلبية الدول ، اليوم ، بوسائل عملية ، خاصة قضائية ، أفرزت فقه قضاء متميّز ، فقه القضاء الدستوري.

فلا غرو ، إذن ، أن تطغى مسألة تجديد القانون الدستوري على اهتمامات عديد خبراء علم القانون ، ومدرّسيه وعلى تساؤلات المتتبعين لشؤون السياسة والمتعهّدين بأمور الرئاسة. كما لاغرو أن تصبح مسألة التجديد محورا من أهمّ محاور البحث ومرجعا لاتخاذ المواقف وتركيزها ومصدر التعمق ماثبت من أن

القانون الدستوري يعلو ولا يعلى عليه ومن أنه بالنسبة الى الحاكم والمحكوم حجّة لكل منهما وعليه وإن كان الأمر كذلك فلأن زمن احتضار القانون الدستوري قد ولّى وانقضى ولأنّ زمن إحلال علم الإجتماع الدستوري محلّ العلوم القانونية الدستورية لم يكن إلاّ مجرّد سحابة صيف تُسهى ولا تُنسى.

والواضح اليوم أن مسألة تجديد القانون الدستوري لا تندرج في إطار الدّول ذات التقاليد الدستورية العريقة وحدها ، بل إنها تشمل كذلك غيرها من الدول الأخرى بما فيها خاصّة الدول التي كانت تنتسب الى العالم الماركسي والدّول المسمّاة بالنامية.

والمقصود بالتجديد لغة هو ما لا عهد لك به حسب "لسان العرب".
والتجديد في الأدب والفن هو الإتيان بما ليس شائعا أو مألوفا مثل ابتكار مواضيع أو أساليب تفكير أو تعبير تخرج عن النمط المعروف والمتفق عليه جماعيا.
والتجديد عموما يدلّ على إعادة النّظر في المواضيع الرائجة وإدخال تعديل عليها بحيث تبدو للعيان مبتكرة. الثابت أن التجديد يقتضي تحولا إمّا بفضل تطور طبيعي للأمور أو بصورة إرادية ، من وضعية كانت قائمة أو موقف كان شائعا الى وضعية أخرى تختلف عن الأولى أو موقف آخر يختلف عن الأول اختلافا كليّا او جزئيا بحيث يكون ما جدّ إما من باب الإبتكار والإبداع ، أو من باب الرّجوع الى الأسبق مع الإشارة الى أن التجديد يمكن أن يتعلّق بمختلف ظاهرة ما أو أن يقتصر على جوانب منها دون أخرى.

ومسألة تجديد القانون الدستوري تبدو متعدّدة الجوانب متشعبة الأبعاد يتداخل فيها المعطى والمبتكر والعاجل والآجل والمفهوم والموضوع والغاية والوسيلة والمنهج والأصل. وليس من الضروري تناول كلّ هذه الجوانب بالتحليل والدرس لطرح مسألة التجديد.

ويكفي في هذا المجال ، انطلاقا من وضعية القانون الدستوري الى أواخر السبعينات ، حصر بعض جوانب التجديد التي تساهم في النقلة النوعيّة التي أصبحت تميّز القانون الدستوري اليوم.

ويمكن في هذا المجال القول إنّه باستثناء التجربة الأمريكية والكنديّة التي تميّز بوضوح بين القاعدة الدستورية والظاهرة السياسة التي تؤطرها هذه القاعدة ، فإن حياة القانون الدستوري كانت تتمحور حول مفهومه المجرّد وكذلك حول القوى الإجتماعية التي يستند اليها أو التي تشكل تهديدا له أو حول القيم التي يعبّر عنها. كما أنها كانت تتمحور حول التعرّف على مدى ارتباطه بالسلطة او الدولة وحول التوجهات الايديولوجية او المدارس السوسيولوجية التي يندرج في إطارها وحول الاختيارات الابيستيمولوجية التي تحكم دراسته. ولم يكن لتطور العلوم السياسية ، وخاصّة في فرنسا ، ما من شأنه ان يشجع على المحافظة على الأبعاد القانونية للقانون الدستوري. كما أن ربط تدريس القانون الدستوري بالمؤسسات السياسية أثّر سلبيا على المحتوى القانوني للقانون الدستوري.

Scanned with CamScanner
Scanné avec CamScanner

وبصورة تقريبية وموجزة يمكن القول أن تعايش القانون الدستوري والعلوم سياسية عند عديد المنظرين والمدرسين تم على حساب كل من القانون الدستوري العلوم السياسية اذ فقد القانون الدستوري جانبا هامًا من محتواه القانوني مقابل ركيزه على الظواهر السياسية ، بينما أبدت العلوم السياسية مزيدا من الإهتمام القواعد القانونية ولكنّها تُنزّلها منزلة مجرّد الوقائع السياسية. فانجر عن كلّ ذلك داخل بين القانون الدستوري والعلوم السياسية ادّى الى الخلط بين القواعد لقانونية والوقائع السياسية من جهة وبين المناهج القانونية ومناهج العلوم السياسية ن جهة أخرى. وآل كلّ ذلك الى تهميش كلّ من القانون الدستوري والعلوم سياسية فانحدر الأول الى مستوى سوسيولوجيا القانون الدستوري ونزلت الثانية لى مستوى الخطاب المجانب للعلوم القانونية والسياسية على حدّ السواء.

. . . واخذ بهذا التوجه في فرنسا الأستاذ François Godinec الذي تأثر به عدد من الباحثين والأساتذة الأفارقة في الستينات والسبعينات خاصّة. كما يمكن في هذا المجال بالإضافة الى Michel Vigne و André et Francine Demichel التعرض الى مدرسة "نقد القانون" (Critique de droit) وهي مدرسة ضمت خاصّة François d'Arcy, Michel Bourjol, Philippe Dujardin, Jean-Jacques Gleizal, André Jeammaud et Michel Miaille.

وقد اعتبر هؤلاء أن دورهم يتمثل في إعادة اكتشاف ماركس والمسألة القانونية عن طريق الجدلية بين القانوني والسياسي. وفي كتابه "L'Etat du droit" نادى Michel Miaille بتغليب الواقع الإجتماعي على الخطاب القانوني

يل ان يكتفي بالقول أن "تحليل المؤسسات السياسية يصبح أكثر ثراء عند تجاوز اعد القانون الدستوري". ويندرج كتابه "المدخل النقدي للقانون" في إطار نفس تجاه (une introduction critique au droit).

ولكن الى جانب التوجه الماركسي هنالك توجه آخر غير ماركسي أبدى ساسية خاصة إزاء العلوم السياسية أو بصورة أدق إزاء علم الإجتماع السياسي. يمكن في هذا المجال ذكر G. Burdeau و Maurice Duverger وعثمان خليل ان والصادق بلعيد وغيرهم كثيرون.

فالأستاذ "موريس ديفرجيه" يعتبر في مؤسساته السياسية وقانونه الدستوري أنه أصبح غير ممكن حصر التحاليل في المؤسسات التي ينشئها الدستور والنصوص المكملة له بل يجب دراسة السير الواقعي للمؤسسات بما فيها تلك التي لا تستند الى نص وأضاف أن "البعض قد يأسف للخلط بين منهجين مختلفين : المنهج القانوني ومنهج علم الإجتماع".

ولا يختلف موقف الأستاذ "جورج بوردو" او الأستاذ "بول باستيد" كثيرا عن ذلك. وقد ذهب الأستاذ "بوردو" وأيده في ذلك "بول باستيد" الى حدّ القول بأن الدستور لا يعدو أن يكون مجرّد ظاهرة تنتمي الى عهد قد ولّى وانقضى la constitution: une survivance ذلك هو عنوان مقال شهير نشره الأستاذ "بوردو" سنة 1956.

. . . ومن أهم المنظرين التونسيين الذين تأثروا بالمدرسة السوسيولوجية نذكر الأستاذ الصادق بلعيد الذي انتقد بشدّة التوجه القانوني للقانون الدستوري واعتبر أنه ليس من الواقعية دراسة الظواهر السياسة بصورة قانونية وأنه يتجه الى ابتكار طريقة جديدة.

. . . ومّما لا شك فيه ان الدفع الأساسي لتجديد القانون الدستوري تحقّق بفضل المجالس والمحاكم الدستورية المكلفة خاصة بالسهر على علوية الدستور وعلى مراقبة دستورية القوانين. وهذه الظاهرة وان لم تكن حديثة جدًا فقد عرفت دفعا كبيرا في العشريتين الأخيرتين بفضل إنشاء هيآت رقابة دستورية في عديد الدول وتطوير الهيئات القائمة في دول أخرى. وقد شمل هذا التطور ، بالإضافة الى ألمانيا وايطاليا والنمسا ، بلجيكا وفرنسا وأسبانيا والبرتغال واليونان ومصر والسينغال والمغرب وموريطانيا وجيبوتي والرأس الأخضر ومدغشقر وغيرها من عديد الدول الأخرى. وليس من المبالغة القول إن الدول التي لا تقيم نظاما لحماية الدستور تكاد تشكل اليوم حالات شاذة. لذلك لا يمكن القول ان تجديد القانون الدستوري يندرج ضمن اهتمامات نوع معين من الدّول او دول منطقة جغرافية معينة. كما أن اهميّة المسائل التي يطرحها التجديد تحول دون القول إنه يشكل ظاهرة عرضية يمكن للأحداث ان تتجاوزها بسرعة او بسهولة ذلك ان مسألة التجديد تتضمّن جوانب جوهرية خاصة

Scanned with CamScanner
Scanné avec CamScanner

على مستوى المنهجية وعلى مستوى الوسائل وعلى مستوى المحتوى.

I - التجديد على مستوى المنهجية :

يتضح التجديد على هذا المستوى خاصّة من خلال إحلال الخطاب الواقعي محل الخطاب الإيديولوجي وإحلال الخطاب القانوني محلّ الخطاب السياسي.

1 - إحلال الخطاب الواقعي محلّ الخطاب الإيديولوجي :

إثر الحرب العالمية الثانية تأكد في أوروبا الشرقية وفي عديد دول افريقيا وآسيا تيار يعتبر أن الواقع يخضع للتصور الإيديولوجي ويتطور في الإتجاه الذي يرسم له ايديولوجيا ، بحيث تكون الغلبة للإيديولوجيا التي ينظر من خلالها الى الواقع. وبعبارة أخرى فالايديولوجيا تقبض على الواقع ولا يقبض الواقع على الايديولوجيا. La réalité est saisie par l'idéologie. Elle ne saisit pas l'idéologie.

والامثلة في هذا المجال عديدة. وقد يكون من المفيد التذكير بموقف الدستور السوفياتي لسنة 1977 من الحقوق والحريات المنصوص عليها بالدستور والتي لا يمكن ان تستعمل الاّ طبقا لمصالح الشعب وسعيا الى تطوير النظام الإشتراكي ، كل ذلك علما بأن المواطن السوفياتي مطالب باحترام قواعد العيش في المجتمع الإشتراكي وبأن يكون أهلا للكرامة التي توفّرها له المواطنة السوفياتية. وكل هذا يعني ان المهمّ ليس الواقع كما هو بل استجابة الواقع لمقتضيات الإيديولوجية.

(...) والواضح اليوم أن طغيان الايديولوجيا قد تراجع بفضل ما حصل من تطوّر في اوروبا الشرقية وعديد دول العالم الثالث التي كانت تنتسب بصورة مباشرة او غير مباشرة الى الماركسية. وليس من باب الصدفة أن الصيّن الشعبية في حالة مراجعة تكاد تكون مستمرة لتوجهاتها الايدولوجية غير أن كل هذا لا يعني زوال الايدويولوجيا التي تتخذ أحيانا أشكالا دغمائية دينية.

والى جانب هذا التطور القائم على إحلال الخطاب الواقعي محل الخطاب الإيديولوجي ، حصل تطور آخر فتح الباب لإحلال الخطاب القانوني محل الخطاب السياسي.

2 - إحلال الخطاب القانوني محلّ الخطاب السياسي

لم يكن للخطاب القانوني مكانة هامة لدى رجال السياسة وحتى لدى عديد رجال القانون خاصة أثناء الستينات.

ويمكن في هذا المجال الاكتفاء بالتذكير ببعض الأحداث والمواقف. فالجنرال "دي قول" ، مثلا ، رفض سنة 1960 التقيد بمقتضيات الدستور ودعوة البرلمان للانعقاد في دورة استثنائية. وتم الرفض لاعتبارات تقوم على أسس سياسية لا قانونية. كما أنه التجأ الى المادة 11 من الدستور لتعديل الدستور نفسه وهو ما رأى فيه عديد المنظرين تغليبا للخطاب السياسي على الخطاب القانوني.

وقد ذهب الاستاذ "ديفرجيه" الى حدّ القول بأن عدم اعتبار مناهج علم الإجتماع في القانون الدستوري يشكل مخادعة حقيقية.

فالمنطق الذي يمثله هذا الإتجاه هو قبضُ السياسة على القانون لا قبض القانون على السياسة وتأطيره لها. وهذا يؤول بطبيعة الحال الى تحرير الأطراف السياسية من الضوابط القانونية والى تغليب منطق القوّة وهو ما من شأنه في الدول التي لا تتمتع بحد أدنى من الاندماج ولا بحدّ أدنى من التقاليد الى الإنحلال والتمزّق او الى التسلّط والإضطهاد.

وقد سبق لنا أن لاحظنا سنة 1979 محدودية الخطاب السياسي المهمّش للخطاب القانوني وللدستور خاصّة. فالدستور مهما كانت محدوديته يبقى المرجع والحجّة التي تمهل عند الإقتضاء ولكنها لا تهمل. فقد لا يقبض الدستور على الواقع ولكنه يسمح بالرجوع اليه وجاء بهذا الموقف خاصّة.

(...) وفي الحقيقة فإن هذا الموقف يندرج ضمن تيار عام ساعد على إحلال الخطاب القانوني محل الخطاب السياسي. وقد ساهم في تطوير هذا التيار خاصّة الأستاذ "لويس فافورو" بعديد كتاباته وخاصّة بكتيّب عنوانه :

La politique saisie par le droit.

كما أسهم الأستاذ "دومينك روسو" بمقال شهير ردّ فيه سنة 1990 على مقال الأستاذ "بيردو" لسنة 1956 La constitution: une survivance وعنوانه Une résurrection: la notion de constitution.

Scanné avec CamScanner

ومما لا شك فيه أن هذا التيار وجد سندا قويا في المجالس والمحاكم الدستورية التي شكلت الوسيلة الأساسية لتجديد القانون الدستوري.

II - التجديد على مستوى الوسائل :

إن أهم ظاهرة ميّزت العشريتين الأخيرتين تمثلت في بروز قانون دستوري جديد يتجسّم أساسا في القانون الدستوري القضائي. وتحقق ذلك بفضل الإتجاه نحو تعميم المجالس والمحاكم الدستورية واعتبار محاكمة القانون نتيجة طبيعية للمنظومة القانونية القائمة على الدستور.

1 - الإتجاه نحو تعميم المجالس والمحاكم الدستورية

يجد هذا الاتجاه جذوره في أواخر القرن الثامن عشر غير أنه ، ورغم ما حصل في الولايات المتحدة الأمريكية منذ 1803 ، لم يتدعّم إلاّ إثر الحرب العالمية الأولى. ويقضي هذا الإتجاه باقامة هيئة ذات طبيعة قضائية أو شبه قضائية تسهر على حماية الدستور والمحافظة على علويته وذلك خاصّة بتعهدّها بالتثبت من مطابقة القوانين للدستور أو ملاءمتها له ، علما بأن هذه الرقابة يمكن أن تكون سابقة للختم أو لاحقة له ، وأن طرقها واجراءاتها تختلف باختلاف الأوضاع ولكن الآثار المتصلة بها تلزم السلط والخواص.

وقد بدأ إنشاء هيئات المراقبة الدستورية في مرحلة بين الحربين ويدفع من البناء القانوني للاستاذ Hans Kelsen في النمسا وتشيكسلوفاكيا ((1920) وفي اسبانيا (1931) وفي مرحلة ثانية بدأت اثر الحرب العالمية الثانية وجاء دور ألمانيا الإتحادية (1949) وايطاليا (1948) وفرنسا (1958) وتركيا (1961) ويوغسلافيا (1963). وفي مرحلة ثالثة تم انشاء محاكم دستورية في اليونان (1975) وفي البرتغال (1976) واسبانيا (1978) وبلجيكا (1980) وبولونيا (1982) والمجر (1984) والإمارات العربية المتحدة ومصر.

ثم جاءت مرحلة رابعة تناسبت وتفكك العالم الشيوعي من جهة والتحولات التي عرفتها عديد الدول الإفريقية من جهة أخرى فأقامت كل دول أوروبا الشرقية محاكم دستورية كما أنشأت أغلبية الدول الإفريقية مجالس أو محاكم دستورية ويمكن الإكتفاء هنا بذكر " البينين" و "الكنغو" و "دجيبوتي" و "موريطانيا" ، و"المغرب" وجزر الرأس الأخضر" و "جمهورية موريس" ومدغشقر وغيرها. ويمكن التوقف هنا عند دستور مدغشقر المؤرخ في 18 سبتمبر 1992 والذي نص في فصله 106 أن المحكمة الدستورية مكلفة بالنظر في تنازع الإختصاص بين مؤسسات الدولة من جهة وبين مؤسسات الدولة ومؤسسات الجماعات العمومية من جهة أخرى. وأوكل الدستور الى المحكمة الدستورية كذلك مهمّة القضاء في النزاعات الإنتخابية وفي المسائل الدستورية التي تثار عن طريق الإستئناف أمام مختلف المحاكم.

وبالإمكان القول اليوم إن الأغلبية الساحقة للدول لها نظام لحماية الدستور ومراقبة دستورية القوانين وهذا ما يسمح بالتحول من قدسية القانون الى محاكمة القانون.

2 - محاكمة القانون :

ان عبارة محاكمة القانون عبارة جديدة نسبيا وقد تعمّق في تحليلها الأستاذ Léo Hamon في كتاب عنوانه Les juges de la loi كان منطلقه درسا ألقاه على منبر الأكاديمية الدولية للقانون الدستوري بتونس.

والرأي السائد كان مستندا الى تصور القانون كتعبير عن الإرادة العامّة أو الجماعية أو الوطنية غير قابل ، تبعا لذلك ، للحدّ ولا للتقييد. وهذا الموقف حال ، الى زمن غير بعيد ، دون مراقبة دستورية القوانين في عديد الدول. وشيئا فشيئا حصل تحول لدى رجال القانون وحتى لدى جانب من الرأي العام مفاده أن قدسيّة القانون وسيادته لا تستقيمان الا بالإمتثال الى الدستور شكلا ومضمونا بحيث أن الإرادة الجماعية التي يعبّر عنها الدستور تعلو الإرادة الجماعية التي يعبّر عنها القانون. (...) والواضح أن هذا التطور تحقق بفضل تحوّل للتصور ال ... وكذلك بفضل تحولّ للتصور العام للقاضي وللقضاء.

(...) وفي المجال الدستوري بصورة عامّة ومجال محاكمة القانون بصورة خاصّة فإن المسالك القضائية تؤدي الى بروز فقه قضاء يعطي للقانون الدستوري أبعاده كاملة ويضفي عليه صبغة القانون القضائي المستند الى فقه قضاء شأنه في ذلك شأن مختلف المواد القانونية الأخرى.

وبذلك تكون الوسيلة القضائية وسيلة أساسية في مجال تجديد القانون الدستوري تؤثر على مضمون القانون الدستوري ومحتواه.

Scanné avec CamScanner

III ـ التجديد على مستوى المحتوى :

يتضح تحديد القانون الدستوري على المحتوى من خلال التحول الذي عرفه :

1 ـ من قانون هامشي الى منبع القوانين كلها :

وإن التوجه الذي يعرفه القانون الدستوري اليوم بفضل القضاء الدستوري خاصّة جعله يتحوّل من قانون يكاد يكون فاقدا للإلزامية القانونية ويكاد ينحصر في خطاب ايديولوجي أو حتى في برنامج سياسي الى قانون يضبط الأسس التي تنبني عليها مختلف فروع القانون. وقد بين العديد من المنظرين وخاصّة الأستاذ Dominique Rousseau في كتابه "القضاء الدستوري" كيف يحدّد القانون الدستوري عامة والدستور خاصّة أسس القانون العام الداخلي وكذلك أسس القانون العام الدّولي وكيف وقع ابراز الأسس الدستورية للقانون الجنائي وللقانون المدني والقانون التجاري ولقانون الشغل والضمان الإجتماعي وليس بإمكان رجال القانون سواء كانوا من أخصائيي القانون العام أو القانون الخاص التنكر للأساس الدستوري للمواد القانونية وهو أساس يتأكد شيئا فشيئا في دول أوروبا غربيها وشرقيها وخارج دول أوروبا بما فيها عديد الدول الإفريقية بحيث أن التمييز بين القانون العام والقانون الخاص أصبح اليوم أكثر من أي وقت مضى محدود البعد وكل ذلك يساعد على توحيد مجموع المنظومة القانونية حول القانون الدستوري بحيث يصبح القانون الدستوري منبع القوانين جميعها . وذهب الأستاذ "لويس فافورو" الى تقديم بناء نظري متميز بيّن فيه أن القانون الدستوري هو في آخر الأمر اليوم "دستور القانون" أي دستور مجموع الفروع القانونية تُستمدّ منه الأسس وتُبرّر بالرجوع اليه القواعد والأحكار".

(٠٠) كما أن القانون الدستوري عرف من حيث المحتوى تحولا آخر اذ بالإضافة الى كونه قانون المؤسسات فقد أصبح كذلك ميثاقا للحريات.

2 ـ من قانون المؤسسات الى ميثاق الحريات :

كان القانون الدستوري الى عهد غير بعيد يعتبر قانونا للمؤسسات السياسية علما بأن لكل دولة مؤسساتها الخاصة وهو ما يحول دون تمكين القانون الدستوري من أبعاد تتجاوز الدولة. فالقانون الدستوري كان يعتبر بالأساس وطنيا لا يقوم على قواسم مشتركة بين الدول. لذلك فإن دراسة القانون الدستوري كانت تتضمن بالإضافة الى دراسة النظرية العامة ودراسة المؤسسات التابعة للدولة في تاريخها وحاضرها ودراسة مؤسسات الدول الأجنبية. هذا فضلا عن أن دراسة المؤسسات تنحصر في المؤسسات السياسية دون سواها وهي تهمل أحيانا حتى دراسة أسس المؤسسات الإدارية والقضائية.

ولكن بالإضافة الى الجانب المؤسساتي بدأ التأكيد منذ نهاية الحرب العالمية الثانية على القانون الدستوري في جانبه المتعلق بحقوق الإنسان والحريات العامّة . واخذ هذا الجانب أهمية بالغة من جراء تعهّد المحاكم الدستورية بحماية الحقوق الأساسية انطلاقا من الدستور مع الإشارة الى أن القاضي الدستوري يأخذ أحيانا في تحليله للجوانب القانونية للحقوق والحريات لا بالنصوص الداخلية فحسب بل كذلك بالنصوص الدولية ويحصل أن يستنبط من النصوص مبادئ متمتعة بقيمة تتجاوز قيمة الدستور. وفي هذا المجال تلتقي عديد المحاكم أو المجالس الدستورية في أوروبا.

والواضح أن مفهوم القانون الدستوري بدأ يرتبط من جديد بفكرة الحرية ، فيكون بذلك القانون الدستوري بمثابة ميثاق للحريات الى جانب كونه يبقى قانونا للمؤسسات...

Scanné avec CamScanner
Scanned with

Louis Favoreu "Le droit constitutionnel droit de la constitution et constitution du droit". R.F.D.C. 1990 pp 72 et suiv.

En 1980[1], nous affirmions qu'au cours des dix années précédentes « le droit public a entrepris une mutation si importante que l'on pourra bientôt parler de "révolution" », et la même année, au cours de la première réunion de l'Association française des Constitutionnalistes[2], nous décrivions la transformation du contenu et de la place du droit constitutionnel au sein des branches du droit.

Dix ans après, alors que l'importance de la jurisprudence du Conseil constitutionnel a considérablement augmenté[3], il est bien évident que ces constatations ne peuvent être que maintenues et développées. En effet, non seulement le bouleversement des données fondamentales du droit public et le changement de nature du droit constitutionnel ont été confirmés, mais encore, on peut dire que l'ensemble des branches du droit[4] est en train de subir l'influence de la Constitution et de son droit.

Certains ont pu penser que l'on assistait à un retour du droit constitutionnel d'avant-guerre, et même — par une curieuse assimilation — que c'était le signe d'un retour aux écoles de droit![5]

C'est bien mal connaître — ou même ignorer totalement — l'évolution capitale qui s'est produite depuis une quarantaine d'années, dans le droit constitutionnel des pays européens, et au-delà même, dans la plupart des pays démocratiques ou qui s'efforcent de le devenir. On peut dire, de manière schématique, que la Constitution a cessé d'être seulement une « idée » pour devenir une « norme », c'est-à-dire une règle juridique obligatoirement sanctionnée « dont les effets se font sentir sur les citoyens et sur les juges »[6]. Bien évidemment, ce n'était pas le cas dans la France de la IIIe République et l'on voit mal comment les constitutionnalistes de cette époque auraient pu considérer de la même façon le texte des lois constitutionnelles de 1875. En outre, la manière d'envisager le droit constitutionnel ne peut être la même aujourd'hui dans la mesure où la science politique est venue apporter — et nul ne le conteste — des éléments précieux pour la connaissance de ce droit.

Le phénomène de juridicisation[7] du droit constitutionnel est inséparable de celui de l'expansion de la justice constitutionnelle : il est clair, à cet égard, que les droits constitutionnels allemand, autrichien, canadien, italien, espagnol, grec, portugais, belge ont connu ou connaissent une considérable évolution alors que les droits constitutionnels britannique, néerlandais ou suédois ont peu changé. Tous ceux qui ont pris connaissance de cette évolution à travers les études de droit comparé ne peuvent souscrire à l'affirmation émise par Michel Troper, en 1974[8], et réitérée dans le présent numéro de cette revue[9], selon laquelle la situation du droit constitutionnel est la même qu'il y ait ou qu'il n'y ait pas un juge constitutionnel. Il suffit d'ailleurs, pour douter de l'exactitude de cette affirmation, de poser la question suivante : y aurait-il eu un droit administratif sans juge administratif ? Certes, comme l'a montré pertinemment le doyen Vedel[10], la situation du juge constitutionnel à l'égard de la Constitution n'est pas exactement la même que celle du juge administratif à l'égard des textes de référence ; mais sans l'intervention de l'un et de l'autre, on voit mal comment l'administration et le législateur auraient été et seraient soumis au respect de la règle de droit.

Sans doute l'évolution — qui a commencé au plus il y a une trentaine d'années — est-elle toujours en cours mais on peut, semble-t-il, dresser un premier bilan ou tout au moins un inventaire en ce début des années quatre-vingt-dix. Pour ce faire, le droit constitutionnel sera d'abord envisagé comme « droit de la Constitution » puis comme « Constitution du droit ».

I – LE DROIT CONSTITUTIONNEL, DROIT DE LA CONSTITUTION

Le doyen Georges Vedel écrivait, en 1949, dans son manuel de *Droit constitutionnel* (p. 5) :

« ... dans la plupart des pays et pour la plupart des matières le droit de l'autorité politique est contenu dans la Constitution écrite. C'est cette coïncidence très large et très fréquente qui a fait adopter et conserver le terme de droit constitutionnel, encore que le droit constitutionnel soit autre chose que le "droit de la Constitution". »

Au début de la IVe République, le « droit de la Constitution » est moins large que le droit constitutionnel : quarante ans après, on peut dire que, à l'inverse, le droit constitutionnel — tel du moins qu'il est habituellement entendu — est trop étroit pour englober tout le « droit de la Constitution ». *L'objet du* droit constitutionnel a changé.

L'expression « droit de la Constitution » nous servira également à définir le droit constitutionnel tel qu'il existe en ce début des années quatre-vingt-dix.

A – L'OBJET DU DROIT CONSTITUTIONNEL

Dans son « Cours de droit constitutionnel comparé », en 1950-1951, Charles Eisenmann a bien montré — notamment à propos du droit constitutionnel — qu'il ne fallait pas confondre droit et science du droit[11] :

> Le mot « droit » en lui-même et à lui seul, et plus encore dans les expressions telles que droit civil, droit constitutionnel, droit administratif, est constamment employé en une double acception, avec passage fréquent de l'une à l'autre. Tantôt il désigne un corps de règles, les règles ou certaines règles de droit. Tantôt, il désigne la ou les disciplines dont ces règles sont l'objet, il est alors l'étude même ou science de ce corps de règles. Cette dualité de sens se rencontre en particulier pour l'expression « droit constitutionnel ».

Scanné avec CamScanner

1 - *D'un objet unique à un triple objet*

Pour le moment, nous retiendrons l'idée de corrélation entre le « corps de règles » et « la discipline dont ces règles sont l'objet ». Or, de ce point de vue, il est incontestable que l'objet du droit constitutionnel n'est pas le même à la fin des années quarante (du moins en France) et au début des années quatre-vingt-dix : on pourrait dire qu'il y a, au moins, triplement de l'objet, en ce sens que le droit constitutionnel de la IV^e^ République avait essentiellement pour objet des institutions alors que celui de la V^e^ République — rejoignant les autres droits constitutionnels contemporains — a pour objet, en sus des institutions, le système des sources ou système normatif et la protection des libertés et droits fondamentaux. Pour la clarté de l'exposé[12], on distinguera donc le droit constitutionnel institutionnel, le droit constitutionnel normatif et le droit constitutionnel substantiel correspondant aux trois objets du droit constitutionnel moderne : les institutions, les normes et les libertés.

a / Les institutions : le droit constitutionnel institutionnel

C'est l'objet traditionnel du droit constitutionnel en France depuis la dernière guerre : la description des institutions politiques, qui comporte quatre parties, à savoir la théorie générale[13], les institutions politiques étrangères, l'histoire des institutions politiques françaises et les institutions politiques de la V^e^ République. Le cours de droit constitutionnel habituel est essentiellement un cours d'institutions politiques et cela bien que l'intitulé officiel du cours prévu en première année des études de droit soit : « Droit constitutionnel et institutions politiques ».

Les problèmes juridiques sont généralement traités en fin de cours, à propos de la V^e^ République, qu'il s'agisse des questions touchant au système normatif (théorie des sources, hiérarchie des normes) mais également de celles relatives aux institutions elles-mêmes. En effet, si sont habituellement exposées les règles applicables aux découpages électoraux, au financement des partis et des campagnes électorales, au droit de suffrage et à l'éligibilité, etc., la problématique juridique relative à ces questions est généralement peu abordée.

En outre, l'étude des institutions se limite aux institutions *politiques*. Or le droit constitutionnel, tel qu'il est entendu aujourd'hui dans la plupart des pays, s'étend aux institutions administratives (notamment locales) et aux institutions juridictionnelles. Certes, beaucoup dépend — du moins pour les premières — de la forme de l'Etat (fédéral, quasi fédéral ou autonomique, unitaire) ; mais même dans un Etat unitaire comme la France, il est désormais impossible de ne pas aborder les bases constitutionnelles des institutions administratives, comme des institutions juridictionnelles.

Il est vrai que la tradition française en ce domaine est contraire à cette incorporation des institutions administratives et juridictionnelles dans le droit constitutionnel, au motif que la Constitution ne peut contenir que des prescriptions relatives aux institutions politiques[14] ; mais ceci est complètement dépassé en droit comparé, et même en droit français contemporain. Qui, après les décisions du Conseil constitutionnel des 25 février 1982[15], 22 juillet 1980[16], 23 janvier 1987[17] — pour ne citer que les principales — pourrait soutenir sérieusement que les bases constitutionnelles de l'organisation juridictionnelle ne relève pas de l'étude du droit constitutionnel ?.

Pour résumer, le droit constitutionnel institutionnel comprend l'étude des institutions politiques et des problèmes juridiques soulevés par celles-ci ainsi que celle des bases constitutionnelles des institutions administratives et juridictionnelles.

b / Les normes : le droit constitutionnel normatif

Le droit constitutionnel normatif ou droit constitutionnel fondamental devrait venir en tête de l'énumération des objets du droit constitutionnel, mais il est si peu habituel — en France — de l'intégrer dans le droit constitutionnel, dans toutes ses dimensions, que nous avons préféré ne l'aborder qu'en second.

Il couvre ce que l'on appelle quelquefois le système des sources du droit[18] — et que nous préférons dénommer système normatif. Il est peu à peu découvert en droit français que le système des sources dépend de la Constitution alors qu'en droit comparé ceci est acquis depuis longtemps[19].

Le système normatif, constitue un réseau complexe, remarquablement structuré sous la V^e^ République par la combinaison des articles 2, 11, 16, 34, 37, 38, 41, 45, 46, 53, 54, 55, 72, 73, 74, 89 et 92 de la Constitution : la manière dont s'ordonnent, se complètent et se relient les normes nationales et les normes locales, les normes nationales et les normes internationales, et les différentes catégories de normes nationales entre elles, est comparable à un mouvement d'horlogerie parfaitement au point dont le juge constitutionnel assure la régulation. Ainsi que nous l'avons souligné en introduction du colloque sur « L'écriture de la Constitution », il y a là un mécanisme sophistiqué dont les pièces ont été « usinées » avec un soin particulier par les « *légistes-juges* » du Conseil d'Etat lors de l'écriture de la Constitution et qui est mis en œuvre par les juges du Conseil constitutionnel[20]. Ce n'est que peu à peu et au fur et à mesure que se développe la jurisprudence constitutionnelle, que l'on découvre les potentialités et la complexité du système normatif français[21].

Mais en droit comparé, on trouve des systèmes de sources encore plus complexes, notamment dans les Etats composés, fédéraux ou quasi fédéraux.

En définitive, on peut distinguer au moins trois situations, selon qu'il y a une catégorie de sources (sources nationales ; par exemple au Japon), deux catégories de sources (sources nationales et internationales, comme par exemple en France ou aux Pays-Bas ; ou sources nationales et locales, comme par exemple aux Etats-Unis), ou trois catégories de sources (sources internationales, nationales et locales, comme par exemple en Allemagne Fédérale, Italie ou Espagne). Ceci dépend de la Constitution et donc relève du droit constitutionnel. Et il est inutile d'insister sur l'importance du système des sources dans les divers pays : c'est au moins aussi important que les institutions.

Scanné avec CamScanner

c / *Les libertés : le droit constitutionnel substantiel*

« On désignera sous ce terme le droit constitutionnel des libertés que nous avons appelé aussi droit constitutionnel relationnel[22]. L'habitude n'est pas, en France, de traiter des libertés dans le cadre du droit constitutionnel : mais, en droit comparé, ceci est l'exception et non la règle ; car dans la plupart des systèmes occidentaux modernes, la protection et la reconnaissance des libertés et droits fondamentaux constituent l'une des branches les plus importantes du droit constitutionnel.

Ceci est une exigence du droit constitutionnel moderne. Certes, on pourrait penser à une résurgence des doctrines de Duguit et Hauriou affirmant le caractère constitutionnel et même supra-constitutionnel des Déclarations de droits ; mais, comme l'a montré Eisenmann, dès 1928, ces constructions se rapprochent plus du droit naturel que du droit positif et avaient une signification plus politique que juridique[23]. Tandis que l'incorporation des droits et libertés dans l'ensemble constitutionnel est aujourd'hui une œuvre de volonté des constituants qui leur consacrent des dispositions dans le texte fondamental au même titre que les institutions ou les normes[24].

Ceci traduit une modification dans la manière de concevoir les pouvoirs des gouvernants car, bien évidemment, reconnaître constitutionnellement des droits et libertés aux individus a pour conséquence une sérieuse limitation des pouvoirs des gouvernants. Ceux-ci n'ont pas seulement à respecter des règles de forme et de procédure mais aussi des règles de fond ou droit substantiel. Les individus ne font plus confiance aux majorités même si celles-ci sont issues d'un processus pleinement démocratique : ils souhaitent que les décisions de celles-ci soient contrôlées afin de vérifier qu'il n'a pas été porté atteinte à leurs droits fondamentaux.

2 – *Le changement de nature du droit constitutionnel*

En résumé, on peut dire que le droit constitutionnel des III[e] et IV[e] République se bornait à décrire et à étudier « les institutions grâce auxquelles le pouvoir s'établit, s'exerce ou se transmet dans l'Etat »[25]. En quelque sorte, il s'agissait de vérifier que les institutions avaient été démocratiquement mises en place, et que la désignation des représentants par le peuple s'était faite dans des conditions d'authenticité maximum[26]. Cela explique l'importance attribuée aux processus électoraux, aux partis politiques et aux divers acteurs possibles du jeu politique, ainsi qu'aux mécanismes institutionnels tels que mise en cause de la responsabilité gouvernementale, dissolution, et d'une manière générale, rapports entre les pouvoirs.

Ceci correspond au contenu et à la structure des Constitutions de 1875 et 1946 : ce sont des Constitutions dont l'objet est essentiellement les institutions et qui ont pour but de garantir la meilleure expression de la volonté générale par des représentants régulièrement élus. Ceci est aussi conforme à la conception britannique de la démocratie.

Cette conception repose sur un postulat « optimiste », à savoir que la volonté exprimée par la majorité correspond à la volonté générale et que les minorités ne seront pas opprimées ou défavorisées par la majorité. Les Britanniques mettent aussi en avant le fait que la culture politique de la population est de nature à « policer » et à limiter la volonté exprimée par la majorité. Mais on peut avoir une vue plus pessimiste et considérer que la démocratie bénéficiera surtout à une partie de la population. C'est ainsi qu'au Canada, l'abandon de la stricte conception britannique lors du rapatriement de la Constitution s'est traduit notamment par l'incorporation d'une Déclaration des droits dans la Constitution voulue par le Premier ministre P. E. Trudeau mais combattue par certains de ses adversaires au nom d'une orthodoxie démocratique de type britannique. Comme le souligne excellemment W. F. Murphy[27] :

> A la limite, les constitutionnalistes admettraient que les deux démarches étaient correctes ; certainement, chaque système est de nature à protéger les droits des individus de race blanche, de langue anglaise, nés dans le pays et appartenant à la classe moyenne. Mais en Angleterre, les Irlandais, les Indiens et les Noirs ne prendraient pas au sérieux l'affirmation selon laquelle leurs droits sont aussi bien protégés que ceux des franco-, japono-, eskimo- et indo-canadiens.

Un autre spécialiste américain, Bruce Ackerman, montre de la même manière que, dans ce qu'il appelle la « démocratie moniste » (dont le type est la démocratie britannique), il est exigé qu' « une complète liberté de légiférer soit accordée aux vainqueurs des dernières élections générales... » et que « durant la période séparant deux élections, tout contrôle institutionnel sur les gagnants des élections est présumé anti-démocratique ». Ce qui conduit à s'assurer essentiellement que le processus électoral s'est déroulé correctement, et donc à faire de ce processus électoral « une question centrale »[28].

On comprend alors que dans les démocraties de type britannique ou français (III[e] et IV[e] République), les problèmes institutionnels et électoraux soient l'objet quasi exclusif du droit constitutionnel. Mais il n'en va pas de même dans le droit constitutionnel existant aujourd'hui dans la plupart des pays occidentaux et que semblent vouloir imiter les pays de l'Est à la recherche de l'Etat de droit.

Car c'est l'idée de réalisation de l'Etat de droit qui domine le droit constitutionnel moderne : toutes les institutions (y compris le Parlement) sont soumises au respect des règles de droit et notamment à celles qui protègent les droits fondamentaux : en sorte qu'elles ne peuvent limiter ceux-ci ou leur porter atteinte qu'en utilisant les voies normatives appropriées, et donc, en fait, en obtenant les majorités exigées pour adopter telle ou telle limitation. Ainsi il apparaît que les trois objets du droit constitutionnel moderne — institutions, normes et libertés — sont étroitement liés et ne forment qu'un même ensemble. ...

Scanné avec CamScanner

التمارين

الأسئلة التوجيهية:

1. عرف القانون الدستوري و الدستور مبرزا المعايير الأكثر تداولا في الفقه الحديث.
2. ما هي مبررات مكانة الدستور المكتوب ضمن مصادر القانون الدستوري؟
3. ما هي مظاهر تجاوز القانون الدستوري لنطاق الدستور المكتوب؟

الموضوع :

علق على النص التالي:

" .. يعود التعريف التقليدي للقانون الدستوري إلى انتشار حركة تدوين الدساتير في العالم التي بدأت بظهور دستور الولايات المتحدة الأمريكية في عام 1787 ثم انتشرت بعد ذلك في معظم دول العالم ... و نتج عن عملية التدوين هذه ارتباط القانون الدستوري بالوثيقة الدستورية ذاتها بشكل يمكن معه اعتبار القانون الدستوري قانونا للدستور المطبق في بلد معين و وقت معين و الصادر في شكل وثيقة مكتوبة من قبل سلطة مختصة و المتضمن للقواعد التي يتم بمقتضاها تنظيم السلطات العامة في الدولة و تحديد اختصاصاتها و بيان الاتجاهات الفلسفية و السياسية المختلفة المتعلقة بنظام الحكم في الدولة.

إلا أن هذا التعريف قد ضيق من نطاق موضوع القانون الدستوري مما يتجه معه استبعاد الأخذ به لاعتبارين اثنين على الأقل: يتمثل الأول في أن الدساتير لا تتضمن الأحكام المتعلقة بالتنظيم الدستوري فقط، بل تعالج أيضا موضوعات و مسائل أخرى تخرج عن هذا النطاق و تدخل في دراسة فروع أخرى من القانون و لا تُعد دستورية من حيث الطبيعة أو الجوهر، و يتمثل الاعتبار الثاني في وجود قواعد لها طبيعة دستورية لكنها تجد مصدرها في العرف الدستوري و في مصادر مكتوبة أخرى أي خارج وثيقة الدستور"

محمد المجذوب

القانون الدستوري و النظام السياسي في لبنان (بتصرف)

بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية،

الطبعة الرابعة، 2002، ص 31- 32

Scanné avec CamScanner